Q. D. B. V

OBSERVATIONES DE INDOLE ACTIONIS PVBLICIANAE

QVAS

PRAESIDE

GEORGIO FRIDERICO KRAVSIO

VTR. IVR. DOCTORE

IN ACADEMIAE VITEMBERGENSIS AVDITORIO IVRIDICO

D. XIX. IVLII A. R. S. cIↃIↃccxLIX

PVBLICE VENTILANDAS

PROPONIT

AVCTOR

ANDREAS GOTTHELF RACHLIZ

BVDISSA - LVSATVS

VITEMBERGAE
EX OFFICINA SCHLOMACHIANA

Biblioteca Nazionale NAPOLI

Digitized by Google

§. I.

QVANQVAM ampliſſima fuit apud Romanos, inprimis florente adhuc reipublicae libertate, Praetorum dignitas[a] atque iuris dicundi poteſtas, vt ad Hadriani vſque tempora quilibet, cui honos iſte delatus erat, ſi e re videretur, edicta anteceſſorum ſuorum mutare, et denuo, quem in modum per annum iuriſdictionis ſuae ius eſſet dicturus, edicere poſſet: tamen tanta non fuit eorum auctoritas, vt aliqua legis, ſiue ferendae, ſiue abrogandae, facultas iis tribui queat; ſed erant iuris cuſtodes ac diſceptatores,[b] qui legum ciuilium

a) GELLIVS *Noct. Attic. Lib. XIII. Cap. XV.* Add. CAROLI BRETI *Comment. de ordine perantiquo iudiciorum ciuilium Cap. VIII.*

b) CICERO *de Legibus Lib. III.*

exercitium ſeruare debebant. Vnde etiam initio magiſtratus ſui in leges iurabant, et ſedulo cauebant, ne quid contra leges directo decernere viderentur. Hoc luculenter indicat PAVLLVS,[a] qui actionem Publicianam competere negat, ſi res talis ſit, vt eam lex aut conſtitutio alienari prohibeat, adiecta ratione, quia his caſibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat. Quin imo in ipſis Praetorum edictis haut inſolita eſt formula: *quod eius per leges, Plebiſcita, Senatusconſulta, edicta, decreta principum licebit.*[b] Qua de cauſa dubitari nequit, quin improprie accipienda ſint, quae paſſim de legislatoria poteſtate Praetorum, horumque legibus, occurrunt.[c] Quod tamen directo Praetoribus non licebat, vt leges ciuiles tollere poſſent, illud obliqua perficiebant via, inuentisque nouis nominibus, exceptionibus, reſtitutionibus in integrum, fictionibusque,[d] id conſequebantur, vt ius ciuile, ſicubi durum ipſis videretur, ſub aequitatis obtentu, adiuuare, ſupplere, ac emendare poſſent. Fictionum inprimis artificio cum iure ciuili conſentire videbantur, tametſi re ipſa ab eius rigore diſſentirent. Neque vero Prae-

a) *L. 12. §. 4. D. de Public. in rem act.*
b) *L. 1. D. ex quibus cauſ. maior.*
c) BRVNQVELLII *Hiſt. Iur. P. I. Cap. VIII. §. 17. lit. c.*
d) HEINECCII *Antiqu. Rom. Lib. I. Tit. II. §. 24.*

Praetores ea propter obiurgari merentur, ac ſi mendaciis operam dederint, dum ſingendo aliquid pro explorato habuerunt, quod ſecus eſſe nouerant. Cum enim, reipublicae romanae ſtatum aliam vix admittere legum medelam, viderent, ICti et Praetores, tanquam legum interpretes, ſubinde fictionibus habebant opus, vt tecto modo iniquitatem iuris ciuilis corrigerent.[e]

§. II.

VSVCAPIONVM doctrina, cum iuri ciuili, quod tempora illius ceteraque requiſita determinauit, natales debeat,[f] etiam quam plurimas iniquitates continebat, quas ex parte cura ac emendatione ſua dignas iudicauit Praetor. Duae hae potiſſimum res ei videbantur iniquiſſimae; primo ſcilicet, quod vſucapio etiam contra illum poſſet allegari, qui iuſta ex cauſa, et quidem extraordinarie, ſeu, vti HEINECCIVS[g] rem explicat, a loco domicilii, abſens fuerat. Ordinariae enim abſentiae, quando aliquis in alio loco domicilium habebat, poſt finitam uſucapionem nullam a Praetore habitam fuiſſe rationem, legimus, ſed

e) HOFFMANNI *Hiſt. Iur. pag. 86.* Add. HILLIGERI *Donellus enucleatus Lib. XX. Cap. VIII. not. y.*

f) *Pr. Inſt. de Vſucap.*

g) *Elem. Pand. P. I. §. 512.*

tempus praeſcriptionis ſaltem, ſecundum IVSTINIANI conſtitutionem,[a] duplicabatur. Alterum iuris ciuilis placitum, vi cuius conditio vſucapiendi illis non proficiebat aduerſus infirmiori iure poſſidentem, qui poſſeſſionem ſuam bona fide nactam, ante tempus vſucapionis completum, caſu iterum amiſerant, pariter ab aequitate remotum Praetori videbatur. Nec quiſquam eſt, cui horum capitum durities non illico obuia ſit. Ad quamlibet enim praeſcriptionem praeter requiſita ex parte praeſcribentis etiam neceſſario requiritur negligentia illius, contrà quem praeſcribitur.[b] Sed vix vlla imputari poterit negligentia illi, qui vel reipublicae cauſa abſens eſt, vel inuitus alibi, inprimis abſque delicto ſuo, v. gr. ab hoſtibus detinetur. Porro ipſa naturalis ratio illum adiuuare iubet, cuius ius potius eſt, contra iniuſtum rei detentorem; ideoque merito illi, qui bona fide et iuſto titulo rem accepit, aduerſus tertium, infirmiori aut nullo iure detinentem, actio dari debuiſſet. Qua quidem in re iuris ſtricti duritiem IVSTINIANVS[c] quoque agnoſcit. Igitur non ſua laude defraudandus eſt Praetor, qui artificioſam quandam his iniquitatibus medelam

a) *Pr. Inſt. de Vſucap. L. vn. C. de Vſucap. transform.*

b) *Arg. L. 1. in fin. D. de Vſurpat. et L. 1. C. de Annal. except.*

c) *§. IV. Inſt. de Action.*

medelam attulit. Fingebat enim priori in caſu, eum nondum vſucepiſſe, qui aduerſus abſentem vſucapionem compleuerat, et proinde actionem reſciſſoriam dabat laeſo, qua intra annum, rem ſtricto iure vſucaptam, repetere poterat, ac ſi nunquam vſucapta fuiſſet.[d] Similiter in altera ſpecie, quo magis is, qui antea in conditione vſucapiendi fuit, aduerſus iniuſtum rei, bona fide partae, vſurpatorem adiuuaretur, neque diabolicam illam, vt ab ACCVRSIO vocatur, dominii auctoris probationem ſubire neceſſum haberet, fingebat, eum iam vſucepiſſe, quamuis vſucapio nondum eſſet impleta.[e] Et hoc ſub pallio introducta eſt actio Publiciana, per quam ex ficto dominio aliquis rem vindicat, quam antea bona fide poſſedit. De cuius actionis indole quaedam ediſſerere conſtitui.

§. III.

HVIC Publicianae in rem actioni nomen ab auctore ſuo Publicio, Praetore quodam, datum eſſe, teſtatur IVSTINIANVS.[f] Quo autem tempore iſte Publicius praeturam geſſerit, incertum

d) *§. III. et V. Inſt. de Action.*

e) *§. III. Inſt. de Action.*

f) *§. IV. Inſt. eod.*

Digitized by Google

incertum adhuc manet. CICERO [a] quidem meminit Q. Publicii, qui cum M. Iunio Praetor vrbanus fuit, ad quem etiam auctorem multi cum CVIACIO [b] actionem noſtram referre ſolent. Verum HEINECCIVS [c] diſceſſionem facit, atque auctorem noſtrae actionis aeuo CICERONIS antiquiorem eſſe autumat, quia apud TERENTIVM [d] haut obſcura ſit mentio actionis reſciſſoriae, quae a PAPINIANO [e] et PAVLLO [f] quoque Publiciana appellatur. Coniicit enim HEINECCIVS, [g] quod vni Praetori Publicio ſit tribuenda vtraque tam reſciſſoria, quam noſtra Publiciana actio, propterea, quod non modo prior etiam Publiciana dicta ſit, verum etiam altera alteri admodum ſimilis videatur, et vtraque ſimili fictione nitatur. Quamuis autem non omnino a ſimilitudine veri abſit iſta coniectura, tutius tamen agunt, qui in re obſcura nihil certi definiendum eſſe cenſent, cum potuerint vtique diuerſi, diuerſo tempore, ex gente Publicia extitiſſe Praetores. Sicut a MACROBIO [h] etiam memoratur lex quaedam Publicia de Cereis, cuius auctor Publicius Tribu-

nus

a) *Pro Cluentio Cap. XLV.*
b) *In Not. ad §. IV. Inſt. de Action.*
c) *Antiqu. Lib. IV. Tit. VI. §. 28. et Elem. Pand. P. I. §. 523. not.*
d) *Phorm. II. 4. v. 9.*
e) *L. 57. D. mandati.*
f) *L. 35. D. de O. et A.*

Digitized by Google

nus Plebis habetur: vbi recte obſeruat NOODT,[i] non exinde conſequi, vt hanc ob cauſam eidem quoque debeatur lex Publicia de ludis, cuius mentionem fecit PAVLLVS.[k]

§. IV.

MISSIS igitur incertis, de auctore Publicianae in rem actionis, coniecturis, ipſam eius naturam conſideremus. Eſt autem illa actio praetoria realis, quae datur illi, qui rem non vitioſam a non domino bona fide et iuſto titulo accepit, eam vero ante completam vſucapionem iterum caſu amiſit, aduerſus eum, qui infirmiori iſtam iure poſſidet, ad id, vt reſtituatur cum omni cauſa, perinde ac ſi iam vſucapta eſſet. Dixi, quod ſit actio realis. Hanc enim eius naturam eſſe, cum fictio vſucaptae rei, ſub qua Publicius illam propoſuit, demonſtrat, tum IVSTINIANVS[l] quoque et VLPIANVS[m] nos docent. Nec quicquam nos mouebit, quod illa tantum aduerſus infirmiori iure poſſidentem prodita ſit, cum alias ea ſit actionum realium natura, vt com-

g) *Loc. cit.*
h) *Lib. I. Saturnal. Cap. VII.*
i) *Comment. ad Lib. VI. D. Tit. II. de Publ. in rem act.*
k) *L. 3. D. de Aleator.*
l) *§. 4. Inſt. de Action.*
m) *L. 7. §. 6. et 8. D. de Public. in rem act.*

petant aduerſus quemlibet rei poſſeſſorem. Nam ideo ſit mentio infirmiori iure poſſidentis, ut appareat, actionem Publicianam ordinarie ſecundum PAPINIANI et NERATII [a] ſententiam non dari contra ipſum rei dominum. Nec etiam illud ſingulare et ab actionum realium indole diuerſum quid eſt in hac actione, quod ſcilicet detur contra poſſidentem infirmiori iure. Nulla enim cogitari actio realis poteſt, qua res ab eo repeti poſſet, cuius ius cum iure actoris in ipſa illa re, quae petitur, aequale, aut etiam adhuc fortius exiſtit. Si enim alter pari omnino iure mecum gaudet, tunc auctore PAVLLO [b] in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet. Vnde etiam IVLIANVS, quem excitat VLPIANVS,[c] tunc, ſi a diuerſis non dominis eadem res duobus ſit tradita, meliorem cauſam poſſidentis, quam petentis fore iudicauit. [d] Sin autem fortius adhuc ius habet poſſeſſor, plane ridiculus foret, qui ſub praetextu iuris alicuius imbecillioris experiri contra illum vellet, a quo illico repelli exceptione potioris iuris poſſet. Hinc eſt, cur PAVLLVS [e] moneat, exceptionem iuſti dominii actioni Publicianae eſſe obiiciendam. Equidem nonnunquam, VT AFRICANVS [f] nos docet, etiam contra ipſum

a) *L. 16. et 17. D. de Public. in rem act.*
b) *L. 128. pr. D. de R. I.*
c) *L. 9. §. 4. D. de Public. in rem act.*
d) *Conf. L. 1. §. 1. D. de Saluian. interd.*

Digitized by Google

ipſum dominum actio Publiciana moueri poteſt, ſi ſcil. a non domino res ex tali cauſa ſit tradita, ex qua ipſe dominus illam tradere debuiſſet. Sed tunc haec ipſa traditionis cauſa efficit, vt dominium non amplius attendatur, ſed is, qui dominus fuit, nunc pro poſſidente infirmiori iure habeatur.

§. V.

Actionem Publicianam aliqua inniti fictione, qua actor rem quaſi vſucepiſſe creditur, quam vſu nondum cepit, cum ex definitione, quam in priori §pho ſuppeditaui, tum etiam ex iis, quae in §. II. dicta ſunt, apparet. Cum autem per hanc fictionem vſucapio pro perfecta atque finita habeatur, conſequens eſt, vt illa iam aliquando coepta, et ſic actor olim in conditione vſucapiendi eſſe debuerit. Nam non entis nulla foret affectio, vt e ſcholis Philoſophorum diſcimus. Verba ipſa edicti [g] haut obſcure hoc indicant. Ait enim Praetor: Si quis id, quod traditur ex iuſta cauſa non a domino et *nondum vſucaptum* petet, iudicium dabo. Et IVLIANVS, quem ſequitur VLPIANVS, [h] vſucapiendi conditionem luculenter pro fundamento Publicia-

 nae

e) *L. 16. D. de Public. in rem act.*
f) *L. 28. D. de uexal. action.* Add. *L. 18. §. 15. D. de damno infecto.*
g) *L. 1. D. de Public. in rem act.*
h) *L. 7. §. 17. D. eod.*

Digitized by Google

nae habet. Negat enim, eum, qui ſciens alienam poſſeſſionem apprehendit, Publiciana experiri poſſe, clare adiecta ratione, quia vſucapere non poterit. Idem quoque VLPIANVS alio in loco [a] manifeſtam proponit regulam, quod actio noſtra in his, quae vſucapi nequeunt, locum non habeat. Itaque ex mente ICtorum eadem requiſita, quae in vſucapiente neceſſaria ſunt, etiam in eo, qui actione Publiciana vſurus eſt, concurrere debent, ſaltem eo excepto, quod poſſeſſio non continuata, et tempus non debeat eſſe completum. Etenim has binas exceptiones ipſa Publicianae actionis deſcriptio nullo negotio ſuggerit. Illud tamen addo, verbum: vſucapere; non in ſtricto illo ſignificatu tantum, quo iure veteri praeſcriptioni opponebatur, ſed generatim etiam pro: praeſcribere, hic eſſe accipiendum. Nam vſucapio ſtricte ſic dicta tantum ad res corporales et fundos Italici ſoli pertinebat; [b] at Publicianam in rem actionem etiam de incorporalibus rebus ac ſeruitutibus dari, nos docet VLPIANVS. [c]

§. VI.

HINC porro conſequitur, vt is, qui actione Publiciana exper-

a) L. 9. §. 5. D. de Public. in rem act.
b) L. vn. C. de Vſucap. transform.
c) L. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.
d) L. 3. D. de Vſurpat. et vſucap.

Digitized by Google

experturus eſt, rem, quam nunc ab altero perſequi intendit, ab initio bona fide poſſederit, cum alias non ſit verſatus in conditione vſucapiendi. Nos enim docet MODESTINVS,[d] vſucapionem eſſe adiectionem dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. Et abſciſſe praecipit LICINIVS,[e] quod ſine poſſeſſione vſucapio contingere non poſſit. Propterea VLPIANVS[f] quoque ad id, vt emtori Publiciana competat, haec debere concurrere ait, vt et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine ſit tradita; ceterum ante traditionem, quamuis bonae fidei quis emtor ſit, tamen experiri Publiciana illum non poſſe. Hoc idem ICtus etiam alibi[g] confirmat: qui igitur, inquiens, iuſtam traditionis cauſam habet, vtitur Publiciana. Ratio in promptu eſt; nam per traditionem ordinarie demum poſſeſſio transfertur in emtorem. Apertius adhuc idem VLPIANVS[h] docet, neceſſarium eſſe actionis noſtrae requiſitum, vt res ab actore aliquando ſit poſſeſſa, dum ſpeciem proponit de ſeruo hereditario ante aditam hereditatem rem quandam emente ſed traditam ſibi poſſeſſionem rurſus amittente. Videlicet dubium videbatur, num heres deinde Publiciana agere poſſit, cum

 ipſe

e) *L. 25. D. de Vſucap.*
f) *L. 7. §. 16. D. de Public. in rem act.*
g) *L. 3. §. 1. D. eod.*
h) *L. 9. §. 6. D. eod.*

ipſe actu non poſſederit rem, cuius poſſeſſio ante hereditatem aditam iterum a ſeruo erat amiſſa. Sed reſpondit ICtus, recte Publiciana vſurum eſſe heredem, quaſi ipſe poſſediſſet. Hic enim admonendum eſt, ſeruum hereditarium hereditatis iacentis nomine poſſediſſe.[a] Sed hereditas iacens, poſtquam deinde adita eſt, etiam retro videtur repraeſentaſſe perſonam heredis.[b] Ideoque ipſe heres illud poſſediſſe videtur, quod ſeruo hereditario, iacente adhuc hereditate, traditum fuit. Denique ſententiae noſtrae quoque accedit PAVLLVS,[c] qui, amiſſa poſſeſſione competere Publicianam, dicit; et NERATIVS[d] conceptis verbis docet, ideo comparatam eſſe actionem Publicianam, vt is, qui bona fide et ex iuſta cauſa poſſeſſionem rei nactus fuit, potius rem habeat quam alius, cuius adhuc ius ſit infirmius.

§. VII.

QVAMVIS autem hactenus demonſtrauerim, quod actio Publiciana neceſſario requirat conditionem vſucapiendi, et ſic neceſſe

a) *Pr. Inſt. de Stipulat. ſeruor.*
b) *L. 24. D. de Nouat.* Obſtare videtur *L. 34. D. de A. R. D.* et *§. 2. Inſt. de hered. inſtit.* Sed conf. VINNIVS *in Comment. ad dict. §phum* Add. *L. 22. D. de Vſurpat. et vſucap.*
c) *L. 2. D. de Public. in rem act.*
d) *L. 17. D. eod.*

Digitized by Google

neceſſe ſit, vt res petenda etiam aliquando fuerit poſſeſſa: hac tamen in parte multi cum BERGERO[e] mihi contrariantur, et non ſemper negatiuum a conditione vſucapiendi ad actionem Publicianam duci argumentum poſſe exiſtimant. Et, ne quid diſſimulem, haut deſunt, in ſcriptis Romanorum ICtorum, loca, quibus primo obtutu ſententia iſtorum clare confirmari videtur. Sic PAVLLVS[f] res quaſdam memorat, in quibus vſucapionem locum non habere, attamen actionem Publicianam, ſi forte bona fide traditae ſint, competere dicit. Similiter VLPIANVS,[g] PAVLLVS[h] et POMPONIVS[i] docere videntur, nonnunquam actionem Publicianam ab eo etiam recte inſtitui poſſe, qui nunquam rem, quam nunc perſequitur, poſſedit. Sed quod illa non fuerit prudentum Romanorum doctrina, illico conſtabit, ſi ſingularum legum, quae nobis obſiſtere videntur, mentem ſigillatim et paulo curatius inueſtigauerimus.

§. VIII.

AIT PAVLLVS in alleg. Lege:[k] in vectigalibus et in aliis prae-

e) *Oec. Iur. Lib. II. Tit. II. §. 34. not. 13.*
f) *L. 12. §. 2. et 3. D. de Public. in rem act.*
g) *L. 11. §. 2. D. eod.*
h) *L. 12. §. 1. D. eod.*
i) *L. 15. D. eod.*
k) *L. 12. §. 2. et 3. D. de Public. in rem act.*

praediis, quae vſucapi non poſſunt, Publiciana competit. Idem eſt, et ſi inſulam ſuperficiariam a non domino bona fide emero. Facile haec PAVLLI verba cum noſtra ſententia conciliari poterunt, dummodo diſcrimen illud, quod ſupra §. V. in fine attuli, inter vſucapionem ſtricte ſic dictam et inter praeſcriptionem ſeu adquiſitionem longo tempore factam, in mentem reuocare velimus. Videlicet praedia vectigalia ordinarie in ſtricto ſenſu vſucapi nequeunt, ita, vt poſſint eſſe ſecundum ſtatum Romanorum priſcum in dominio Quiritario. Illa tamen longo tempore adquiri poſſe, recte obſeruat CVIACIVS,[a] qui vectigalia per praedia ciuitatum emphyteuticaria deſcribit, iisque opponit praedia tributaria et ſtipendiaria, quorum mentionem IVSTINIANVS[b] in Inſtitutionibus facit; de quibus vltimis ſpeciebus CVIACIVS verba legis alleg. *et in aliis praediis;* accipienda eſſe exiſtimat. Itaque vectigalia et reliqua praedia, quae ſtricte vſucapi non poſſe ICtus dixit, non ab omni praeſcriptione exemta ſunt. Id quod luculenter confirmat VLPIANVS,[c] qui etiam in vectigali praedio, ſi municipes non cauerint, dominium per longum tempus adquiri fatetur. Deinde in fauorem ciuitatis

vel

a) *Ad L. 4. D. de Vſurpat.*
b) *§. 40. Inſt. de Rer. Diuiſ.*
c) *L. 15. §. 27. D. de Damno infecto.*

vel reipublicae conſtitutum erat, ne ius illius in re vectigali ordinarie per vſucapionem interuerti; et res ipſa in priuati plenum dominium tranſire poſſet. At ille publicae rei fauor non eo vſque pertinebat, vt etiam priuatus praedii vectigalis poſſeſſor aduerſus tertium aeque priuatum, cui fundus forte a ciuitate conceſſus fuit, praeſcribere huius iuri non potuerit, ſaluo ipſius ciuitatis iure. Vnde iterum apparet, omnem vſucapiendi ſeu praeſcribendi conditionem in iſtiusmodi vectigalibus non exulaſſe. Quod ad alterum a PAVLLO,[d] de inſula ſuperficiaria, allatum attinet exemplum, verum quidem eſt, quod etiam tradit VLPIANVS[e] et MARCIANVS,[f] ſuperficiem ſine ſolo vſucapi non poſſe, ita ſcilicet, vt plenum adquiratur dominium. At enim vero iuri ſuperficiarii praeſcribi ab alio poſſe, non negat ICtus. Ad hoc igitur ius ſuperficiarii perſequendum recte Publiciana datur bonae fidei emtori, cum huic iuri praeſcribere queat. Denique ſi etiam liberalis eſſem, et caſus a PAVLLO propoſitos exceptos dicerem, tamen hae exceptiones ipſae in caſibus non exceptis confirmarent regulam meam ab vſucapiendi conditione negatiue deſumtam et §pho V. copioſe demonſtratam.

 §. IX.

d) *L. 12. §. 3. D. de Public. in rem act.*
e) *L. 26. D. de Vſurpat. et vſucap.*
f) *L. 39. D. eod.*

§. IX.

Iam porro videamus, quomodo verba VLPIANI[a] intelligenda ſint, quibus Publicianam etiam illi, qui rem antea non poſſedit, tribuiſſe videtur. *Partus ancillae furtiuae*, ICtus inquit, *per hanc actionem petendus eſt, etiam ſi ab eo, qui emit, poſſeſſus non eſt.* Mihi quidem a veritate probabili haut videtur eſſe alienum, vt in his VLPIANI verbis pro: *qui emit*, ſubaudiamus: *qui vendidit.* Etenim VLPIANVS in antecedentibus egit de requiſito Publicianae actionis ordinario, vt nempe res ſit tradita; id quod ſtatim apparet ex praecedentibus, quae, ex Libro VLPIANI XVI. ad Edictum, Pandectis ſunt inſerta, fragmentis.[b] Nunc ſibi dubium mouiſſe videtur, num intuitu partus ancillae furtiuae, apud emtorem demum concepti, Publiciana locum habeat, cum ille partus ab eo, qui vendidit, nunquam poſſeſſus, ideoque nec traditus ſit emtori? Id quod deinde, dubio neglecto, affirmat, ex ea procul dubio ratione, quia emtor partum ancillae apud ſe conceptum, quamuis eum a venditore non acceperit, tamen per aliquod tempus bona fide pro ſuo poſſedit.[c] Magis adhuc iuuabit hanc coniecturam, ſi cogitemus, quod

a) *L. 11. §. 2. D. de Public. in rem act.*
b) *L. 7. 9. 11. pr. et §. 1. D. de Public. in rem act.*
c) *L. 2. D. pro ſuo.*
d) *L. 19. D. de Action. emti.*

quod Romani veteres vocabulis emtionis et venditionis, teſte CAIO,[d] promiſcue ſint vſi. Vnde in ipſis Pandectis nomina emtorum et venditorum, item actionis emti et venditi, aliquando, vt obſeruat HEINECCIVS,[e] confuſa leguntur. Inprimis autem notari meretur, ipſum VLPIANVM[f] noſtrum ei, cuius nomine procurator vendidit, tribuere vtilem actionem ex emto, quae tamen ex vendito dici debuiſſet, cum actione ex emto eum, qui emit, uti, eiuſdem Iureconſulti doctrina ſit.[g] Igitur in ea quoque, de qua diſputamus, lege, facile fuiſſe confundere nomina eius, qui emit, et qui vendit, ſatis credibile eſt. Tali autem modo iſta lex allegata II. me plane non tangit, cum de poſſeſſione venditoris, non emtoris, qui actionem Publicianam inſtituit, tractare videatur. Attamen et ſine hac emendatione verba VLPIANI cum noſtro principio commode conciliari poſſe exiſtimo, ſi ſpeciem, quam proponit de partu ancillae furtiuae, attente conſideremus. Videlicet, quod partus ancillae vſucapi poſſit, de hoc conſtabat inter ICtos romanos, et hanc ſententiam diſerte PAVLLVS[h] quoque probat; quamuis in illa editione Corporis Iuris, quae anno MDCLXIII. Francofurti ad Moe-

 num

e) *Elem. Pand. P. III. §. 311.*
f) *L. 13. §. 25. D. de Act. emt.*
g) *L. 11. pr. D. eod.*
h) *L. 4. §. 5. D. de Vſurpat.*

Digitized by Google

num cum notis DIONYSII GOTHOFREDI prodiit, contraria lectio, et particula: *non*, inſerta reperiatur. Hanc enim particulam, quam in aliis editionibus gloſſatis et non gloſſatis, quotquot euoluere mihi iam licuit, omiſſam eſſe, et a CVIACIO[a] quoque non attendi animaduerto, ibi mendoſe interpolatam eſſe, ex ipſa iuris analogia facile intelligi poſſe puto. Illud autem varie diſputabatur a ICtis romanis, ſi ancilla furtiua fuerit, num tunc partus vſucapi poſſit? Aliqui illud negabant, quia partus eſſet pars viſcerum, et ſic pars rei furtiuae. Alii affirmabant propterea, quod partus demum conceptus, cum tempore furti commiſſi nondum extiterit, pars rei furtiuae dici non poſſit. Inter illos, qui negabant, erat MARCELLVS,[b] et quodammodo PAVLLVS,[c] qui vltimus tamen paulo poſt[d] in viam redire videtur, et tunc ſaltem partum ancillae furtiuae vſucapi poſſe negat, ſi ancillam, antequam pariat, alienam eſſe reſciuerit emtor; quorſum aliquatenus etiam POMPONIVS[e] collimare videtur. Affirmantium opinionem vero inprimis cum SCAEVOLA tuebatur IVLIANVS.[f] In cuius ſententiam conceſſit VLPIANVS in illa, de qua diſputamus, lege,[g] et bonae fidei emtorem

a) *ad L. 4. §. 5. D. de Vſurpat.*
b) *L. 10. §. 2. D. eod.*
c) *L. 4. §. 15. ſeq. D. eod.*
d) *alleg. Leg. §. 18.*

emtorem partum ancillae furtiuae apud ſe conceptum vſucapere poſſe exiſtimauit. Quod autem addit; partum vſucapi poſſe, licet ab eo, qui emit, poſſeſſus non ſit, illud intelligit ſaltem de ſeparata aliqua partus iam editi poſſeſſione, quam in iſta ſpecie non requirit. Hoc vero aperte deſiderat ICtus, vt embryo aliquando cum matre ſimul ſit poſſeſſus ab eo, qui Publiciana vſurus eſt. Poſtulat enim, vt partus apud bonae fidei emtorem conceptus ſit. Ex quo apparet, quod VLPIANVS bonae fidei emtori intuitu partus ancillae furtiuae non niſi tunc concedat Publicianam in rem actionem, ſi is in conditione vſucapiendi ſit et partum ſaltem cum matre aliquando coniunctim poſſederit.

§. X.

IAM progredior ad illud fragmentum PAVLLI, [h] ex quo diſſentientibus expeditum videtur, etiam ſine aliqua prioris temporis poſſeſſione Publicianam dari. Dixit ICtus: *is, cui ex Trebelliano hereditas reſtituta eſt, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem, vti poteſt Publiciana.* Quae tamen verba meam non feriunt ſententiam. Loquitur enim ICtus de fideicommiſſo vniuerſali;

e) *L. 4. pr. D. pro ſuo.*
f) *L. 33. pr. D. de Vſurp. et L. 9. D. pro emtore.*
g) *L. 11. §. 2. D. de Public. in rem act.*
h) *L. 12. §. 1. D. de Public. in rem act.*

Digitized by Google

uerſali; quod apparet ex vocabulo: *hereditas.* Quod autem fideicommiſſarius vniuerſalis, cui ex Trebelliano hereditas reſtituta eſt, heredis loco, ac ſucceſſor vniuerſalis ſit, certi iuris eſt.[a] Itaque de herede fideicommiſſario recte affirmat PAVLLVS, quod Publiciana vti poſſit, licet hereditatem ipſe non poſſederit. Repraeſentat enim perſonam defuncti, ideoque poſſeſſio priſtina, ex qua defunctus Publicianam habuiſſet, heredi quoque prodeſſe debet. Quamuis enim alias poſſeſſio ipſius hereditatis non, niſi naturaliter comprehenſa, ad heredem pertineat, ut IAVOLENVS[b] nos docet: illud tamen expeditum eſt, ordinarie etiam competere heredibus illa iura et actiones, quae defuncti iam fuerant, etiamſi aliquam poſſeſſionem ſupponant, et poſſeſſio illa nunquam ad heredem peruenerit. Sic interdictum de vi et vi armata etiam heredibus deiecti datur.[c] Quo ſenſu quoque verum eſt, quod ait PAVLLVS,[d] poſſeſſionem (i. e. *fructum poſſeſſionis defuncti,*) deſcendere ad heredem,[e] adeo, vt coepta a defuncto vſucapio etiam ante aditam hereditatem impleri,[f] et ſic heredi, qui ipſe nunquam rem poſſedit, vtilis

a) Conf. VINNIVS *ad* §. 9. *Inſt. de Fideicommiſſ. hered.*
b) *L.* 23. *pr. D. de Adquir. vel amitt. poſſeſſ.*
c) *L.* 1. §. 44. *D. de Vi et vi armata.*
d) *L.* 30. *pr. D. ex quibus cauſ. maior.*
e) Conf. WERNHERI *Obſeru. forenſ.* P. I. *Obſ.* CXX.

vtilis eſſe poſſit. Hinc eſt, cur VLPIANVS[g] Publicianam etiam actionem heredi et honorariis ſucceſſoribus tribuendam eſſe putet. Itaque ex perſona defuncti Publiciana in rem actio recte ad heredem fideicommiſſarium pertinet, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem. Sed forſitan adhuc de alia ſpecie lex illa explicari poterit, quando ſcilicet a fiduciario iam res fuit poſſeſſa. Ex ſententia enim VLPIANI,[h] et CAII,[i] hereditas a fiduciario reſtitui poteſt fideicommiſſario cum effectu etiam verbis, ſine re ipſa, ita, vt omnes res hereditariae in bonis eius fiant, cui reſtituta eſt hereditas, etſi nondum earum nactus fuerit poſſeſſionem. Si ergo fingamus, heredem fiduciarium, qui poſſeſſionem rerum hereditariarum adeptus eſt, aliquam rem iterum caſu amiſiſſe, et poſtea hereditatem fideicommiſſario verbis reſtituiſſe, ceſſis huic iuribus actionibusque hereditariis, absque dubio fideicommiſſarius ex perſona fiduciarii agere, et ſic Publiciana quoque actione ceu ceſſionarius experiri poterit, licet ipſe rem non poſſederit, cum ipſi proficiat priſtina cedentis poſſeſſio. Ex vtraque huius legis explicatione, quarum priorem

f) *L. 40. D. de Vſurpat. et vſucap.*
g) *L. 7. §. 9. D. de Public. in rem act.*
h) *L. 37. D. ad SCtum Trebell.*
i) *L. 63. pr. D. eod.*

Digitized by Google

rem tamen faciliorem eſſe crediderim, apparet, PAVLLVM non ſine omni poſſeſſionis initio Publicianam concedere voluiſſe, ſed ſaltem tunc, ſi quis nomine alterius, cuius perſonam repraeſentat, experturus ſit, haut neceſſarium iudicaſſe, vt et ipſe actor rem aliquando poſſederit.

§. XI.

NEQVE etiam magis POMPONIVS,[a] cuius mentionem feci §phe VII. mihi contrarius eſſe videbitur, ſi ſpeciem, quam tractat, rite conſiderauerimus. *Si ſeruus meus*, inquit ICtus, *cum in fuga ſit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet poſſeſſionem rei traditae per eum nactus non ſim.* Vbi illud inprimis monere attinet, eam fuiſſe opinionem ICtorum Romanorum, vt a PAVLLO[b] et CAIO[c] diſcimus, ſeruum etiam fugitiuum adhuc a domino poſſideri, ideoque, ſicut antea, ita etiam in fuga conſtitutum, adhuc adquirere domino nonſolum proprietatem, verum et poſſeſſionem rerum ſibi comparatarum, hac quidem ex ratione, quia nihil ſibi adquirere poterat ſeruus, vt IVSTINIANVS[d] monet, qui etiam conceptis verbis

a) *L. 15. D. de Public, in rem act.*
b) *L. 15. §. 1. D. de Vſurpat.*
c) *L. 15. D. de Adquir. vel amitt. poſſeſſ.*
d) *§. 3. Inſt. per quas perſon. cuique adquir.*

verbis ait: nonſolum proprietatem per eos, quos in poteſtate habemus, nobis adquiri, *ſed etiam poſſeſſionem.* Equidem non ſemper ignoranti domino ſeruus adquirebat poſſeſſionem, cum praecipiant ICti,[e] vt in rebus ad peculium non pertinentibus ſeruus non niſi ſcienti domino poſſeſſionem adquirere poſſit.[f] Sed cum ſcientia ſuperueniens et ſubſequens ratihabitio, quae adeo iuſſui aequiparatur,[g] non excludatur; haec autem in ea ſpecie, qua dominus rem, a ſeruo fugitiuo adquiſitam, ſed caſu iterum amiſſam, actione Publiciana perſequitur, luculenter appareat, non omni praeteriti temporis poſſeſſione caruiſſe videbitur is, cuius ſeruus, cum in fuga eſſet, rem emit, traditamque accepit. Igitur manifeſtum eſt, POMPONIVM ſaltem de corporali poſſeſſione, qualem PAVLLVS[h] memorat, eſſe accipiendum, ita, vt dominus intuitu rei, a ſeruo in fuga emtae, experiri Publiciana queat, tametſi corporaliter eius poſſeſſionem nactus non ſit, cum ſufficiat, poſſeſſionem naturalem ſerui ex ratione aliqua ciuili ad eum perueniſſe.

§. XII.

IAM ex his, quae adhuc diſputauimus, facile erit iudicium de

e) *L. 34. §. vlt. et L. 44. §. 1. de Adquir. vel amitt. poſſeſſ.*
f) Conf. VINNIVS *ad §. 3. Inſt. per quas perſon. cuique etc.*
g) *L. 7. C. ad SCtum Maced.* add. *L. 60. D. de R. I.*
h) *L. 4 §. 13. D. de Vſurpat.*

de argumento a rei vindicatione ad Publicianam ducto. Ita enim permulti rationes ſubducere ſolent, vt, quicunque rei vindicationem habuiſſet, ſi auctor ſuus dominus rei fuiſſet, is etiam Publicianam actionem inſtituere queat, ſi dominium probare non poſſit, et tamen in bona fide ſit. Quod argumenti genus haut obſcure STRYKIVS,[a] TITIVS,[b] VINNIVS,[c] et omnes illi probant, qui ex iis cauſis, ex quibus dominium adipiſcimur, etiam antequam poſſeſſionem nacti ſumus, antea quoque Publiciana experiri licere exiſtimant. Equidem non omnino negauerim, ſaepius rei vindicationem cum noſtra Publiciana in rem actione alternatiue cumulari poſſe.[d] At enim vero, non ſemper illud fieri poſſe, facile conſtabit. Etenim in anteced. §phis copioſe eſt demonſtratum, Publicianam non dari niſi ei, qui in conditione vſucapiendi fuit, ideoque rem poſſedit. At dominium nonnunquam etiam ſine poſſeſſione adquiri poteſt, v. gr. per legatum, vbi ius reale teſtatoris poſt eius mortem ipſo iure in legatarium tranſit.[e] Quodſi ergo ſemper rei vindicatio et Publiciana cumulari alternatiue poſſent, ſequeretur, vt legatarius etiam hac vti actione poſſet, quamuis rem legatam nondum poſſederit,

a) *Vſ. mod. Lib. VI. Tit. II. §. 2. et 5.*
b) *In Iure priuato Lib. III. Cap. XVIII. §. 1. ſeqq.*
c) *Comment. Inſt. ad §. 4. I. de Action.*

Digitized by Google

ſederit, quoties probatio dominii legantis ipſi difficilis videretur. Verum hoc non licere legatario, ad quem nondum poſſeſſio rei peruenit, in ſequentibus §phis adhuc demonſtrabitur. Ideoque iſtud a rei vindicatione ductum argumentum ſuo quidem modo admittendum, ſed limitandum etiam aliqua ex parte cenſeo, ita, vt actionem Publicianam inſtituere poſſit, qui ob deficientem probationem dominii auctoris vindicare nequit, modo rei poſſeſſionem bona fide nactus fuerit. Neque mihi contrariatur VLPIANVS,[f] qui affirmare videtur, omnia eadem in actione Publiciana eſſe, quae in rei vindicatione inueniantur, cum verba Iuriſconſulti tantum relatiua ſint. Ait enim: *Quae et in rei vindicatione diximus.* Quinam vero locus ille eſt, vbi de rei vindicatione dixit, et ad quam ſe refert? Si omnia eius ſcripta adhuc integra exiſterent, locum euoluere, et tunc demum de vero horum verborum ſenſu accuratum ferre iudicium liceret. Sed illis deficientibus, ex diſperſis fragmentis, nihil certi definiri poterit. Praeterea, ſi antecedentia et huius legis conſequentia inſpiciamus, conſtat, quod ICtus potiſſimum tractet de titulis, ex quibus res ad illum, qui Publiciana vſurus eſt,

 debet

d) Conf. BERGERI *Oecon. Iur. Lib. II. Tit. II.* §. 34. *n.* 14.
e) *L.* 80. *D. de Legat. II. L.* 64. *D. de Furtis.*
f) *L.* 7. *§.* 8. *D. de Public. in rem act.*

debet perueniſſe. Quare probabile quodammodo videtur, VLPIANVM inprimis, quod ad titulum ad transferendum dominium habilem, Publicianam cum rei vindicatione comparare voluiſſe. Alia eſt coniectura GERARDI NOODTII,[a] qui, ICtum de arbitrio iudicis in hac actione locutum eſſe, exiſtimat, cum et Publiciana et rei vindicatio ad genus arbitrariarum actionum referantur. Igitur ex verbis VLPIANI confici non poteſt, vt aliquis noſtra actione vti queat, licet non poſſederit, quemadmodum rei vindicationem aliquando inſtituit, qui nunquam rei poſſeſſionem nactus eſt. Etenim non vniuerſaliter intelligi verba ICti poſſe, vel ex hoc vno ſtatim apparet, quod, ſi omnia eadem eſſe deberent in Publiciana, vti in rei vindicatione, etiam dominii probatio in illa neceſſaria foret, quam tamen per huius actionis naturam impoſſibilem eſſe, neminem fugit.

§. XIII.

NVNC ſpeciatim quoque diſpiciamus, quid dicendum ſit de agitata illa inter ICtos controuerſia: num legatarius, qui nondum nactus eſt poſſeſſionem rei legatae, ad eam aduerſus infir-

a) *Comment. ad Lib. VI. Tit. II. Pand. in fine.*

infirmiori iure poſſidentem perſequendam vti poſſit Publiciana? Illud quidem verum eſt, quod ſi teſtator dominus ſpeciei legatae fuiſſet, illam vindicare poſſet legatarius, quamuis eam nondum traditam acceperit, quia ipſo iure dominium in illum translatum fuit.[b] At enim vero, ſi non fuit teſtator dominus, non ſemper legatario actionem Publicianam competere poſſe, cum BACHOVIO[c] exiſtimo. Nam, vti antea vidimus, non ſemper accuratum affirmative a rei vindicatione ad Publicianam duci poteſt argumentum, praeterea quoque ſupra §. VI. euictum eſt, quod is ſaltem actione Publiciana experiri poſſit, qui rem, quam poſtulat, aliquando poſſedit, et iam in conditione vſucapiendi fuit. Vnde neceſſario conſequitur, vt, ſi nunquam poſſederit legatarius rem legatam, is etiam nunquam fuerit in conditione vſucapiendi, ideoque illum iuuare non poſſit fictio illa, ex qua actionem noſtram Praetor exſtruxit. Hic enim fingit, vſucapionem completam eſſe, ideoque eam iam coeptam eſſe ſupponit.

§. XIV.

EQVIDEM plerique a me hic diſſentientes cum BERGERO

b) *L. 80. D. de Legat. II. et L. 64. D. de Furtis.*

c) *De Action. Diſp. III. Theſ. XVIII.*

RO[a] et HAHNIO[b] excitant VLPIANVM,[c] qui legatario tribuere actionem Publicianam ipſis videtur, quamuis ille poſſeſſionem rei legatae nactus haut fuerit. Hanc tamen opinionem ex VLPIANI verbis non ſatis colligi poſſe, crediderim. Non enim ICtus in genere de poſſeſſione loquitur, ſed ſaltem quaerit, num praeciſe traditio ex cauſa legati praecedere debuerit, ſi legatarius Publiciana vti velit? Ait enim: *Sed cur traditionis duntaxat et vſucapionis fecit mentionem* (ſcil. Praetor in edicto ſuo) *cum ſatis multae ſint iuris partes, quibus dominium quis nanciſceretur? vt puta legatum.* In quibus verbis traditio pro ſynonymo poſſeſſionis accipi nequit. Licet enim per traditionem poſſeſſio adquiratur; attamen aliquando etiam poſſidere legatarius potuit, cui non praeciſe ex hac cauſa res eſt tradita. Sic v. gr. ſi rem aliquam derelictam putauerim, eamque bona fide occupauerim, illa vero mihi deinde legata eſt, poſſideo rem legatam, licet mibi ex cauſa legati tradita non fuerit. Vnde conſequitur, vt, ſi illam caſu amittam, actione Publiciana experiri poſſim, quia iſtam bona fide poſſedi. Itaque ſi ex quaeſtione ab VLPIANO propoſita, de ſententia eius iudicare fas eſt, VL-

PIANVS

a) *Oecon. Iur. Lib. II. Tit. II. §. 34. n. 13.*

b) Ad WESENBECIVM *Tit. de Public. in rem act.*

Digitized by Google

PIANVS ſaltem *traditionem ex hac cauſa* non praeciſe deſiderare videtur, quamuis ex verbis edicti Praetoris traditio alias ſit requiſitum actionis Publicianae ordinarium, quia et ſine traditione poſſidere potuit actor. At, legatarium quoque ipſo iure Publicianam habere, licet nunquam poſſederit et vſucapionem rei legatae inchoauerit, ne vno quidem verbo docet ICtus. Imo, ſi, quod res eſt, dicendum, ex iſto VLPIANI fragmento vel ideo nihil certi colligi poteſt, quia ICtus dubium ſaltem mouet, et quaerit, cur Praetor in edicto ſolummodo mentionem fecerit traditionis et vſucapionis, cum ſatis multae ſint iuris partes, quibus dominium quis nanciſceretur, vt puta legatum? dubii vero deciſionem vel ipſe VLPIANVS neglexit, vel Digeſtorum compilatores ideo omiſerunt, quod PAVLLVS,[d] cuius verba ſtatim ſubiecta ſunt, in quibus de mortis cauſa donatione agit, eandem quaeſtionem tractauit, et rationem deciſionis ipſis ſubminiſtraſſe viſus eſt. Nam, inquit, *amiſſa poſſeſſione* competit Publiciana. Ex quibus facile pateſcit, negaſſe PAVLLVM, ſine aliqua prioris temporis poſſeſſione donatarium mortis cauſa Publicianam inſtituere poſſe; illud ſaltem neceſſarium non eſſe, vt

c) *L.* 1. *ſ.* 2. *D. de Public. in rem act.*

d) *L.* 2. *D. de Public. in rem act.*

vt ex hac donationis cauſa ipſi res fuerit aliquando tradita, quia ad exemplum legatorum caperentur iſtiuſmodi donationum genera.

§. XV.

NEQVE vero hanc meam ſententiam de legatario iniquitatem quandam ſapere crediderim, quamuis aliud videatur LAVTERBACHIO,[a] STRVVIO,[b] PETRO MVLLERO,[c] aliisque, qui quidem iuris eſſe exiſtimant, vt legatarius, qui non poſſedit, Publiciana experiri haut poſſit, quia verba edicti de re tradita concepta ſint; attamen ex benigna interpretatione etiam illi permittendam eſſe actionem, eandemque, ob quam actio Publiciana introducta fuit, hic ſubeſſe aequitatem, contendunt. Nec vlla plane neceſſitas poſtulat, vt hanc actionem, quam Praetor ſolum bonae fidei poſſeſſori deſtinauit, ſi rem amiſerat, et diabolicam illam dominii probationem perficere haut valebat, ad legatarium, qui rem legatam nondum poſſedit, proprio auſu extendamus. Licet enim huic actionem Publicianam denegemus, illius tamen ius rei legatae perſequendae non interuertitur. Poteſt enim actione ex teſtamento heredem adigere, vt is a tertio

a) *Compend. et Colleg. Pand. Tit. de Public. in rem etc. §. 5.*
b) *Exercit. ad Pand. XI. §. 43.*

tio rem repetat, aut Publicianam cedat; et ſic ſemper rem legatam conſequitur, cum heres ad illam praeſtandam ſit obligatus. Cerebrinam autem aliquam aequitatem hic non admitto, ſed in iuris analogia ſubſiſtendum puto, quae ſine poſſeſſione nemini, ideoque nec legatario Publicianam actionem concedit.

§. XVI.

AMBIGVA porro eſt de actione Publiciana quaeſtio: num perpetua bona fides ad illam inſtituendam requiratur, et, quod conſequens eſt, num ſuperueniens mala fides illam impediat? Quam alii affirmant, alii negant. Hic autem placita iuris romani inprimis a iure canonico et moribus hodiernis ſeiungenda eſſe arbitror. In antecedentibus ſcilicet ſatis probatum eſt, actionem Publicianam ſupponere conditionem vſucapiendi. Ex quo patet, quod propoſita quaeſtio inprimis ex hac vſucapiendi conditione ſit diiudicanda. Itaque ſi de iure romano quaeritur, ſuperueniens mala fides non impedit Publicianam actionem, hac quidem ex ratione, quia ius romanum ad vſucapionis conditionem tantum poſtulat, vt aliquis ab initio in bona fide fuerit, illumque ſaltem, cui ab initio bona fides deeſt, non iuuat.[d] Id

c) *In Notis ad* STRVV. *cit.*
d) *L.* 15. §. 2. *D. de Vſurpat.*

Digitized by Google

quod non PAVLLVS[a] modo et PAPINIANVS,[b] verum etiam VLPIANVS,[c] nos edocet, qui, ad auctoritatem POMPONII prouocans, ſpeciatim in actione Publiciana emtionis tempus contineri, ideoque, quod poſtea dolo malo factum eſt, in hac actione non deduci praecipit. Equidem haut ignoro limitationem, quam alio in loco obſeruauit POMPONIVS,[d] et SCHILTERVS[e] merito inculcat, quod vſucapio tunc ſaltem per ſubſequentem ſcientiam rei alienae non impediatur, ſi quidem poſſeſſor dominum certiorem reddere non potuerit, aut ſi potuerit, fecerit certiorem, quia alias clam poſſediſſe, et ſic poſſeſſio vitioſa videatur. Haec tamen limitatio ſententiam meam non euertit, ſed illud ſaltem efficit, vt ſuperueniens mala fides ſub certis ſaltem circumſtantiis vſucapionem ſiſtat. At grauius mihi obſiſtere videtur VLPIANVS,[f] qui non modo ab initio, ſed et tempore inſtituendae actionis Publicianae bonam fidem requirit. Ait enim: Si modo eo tempore, *quo experiar*, furtiuam matrem ignorem. Quem VLPIANI locum SCHILTERVS[g] quoque vrget, et ideo iure romano ſuperuenientem malam fidem Publi-

a) *L. 48. D. de A. R. D.*
b) *L. 44. §. 2. D. de Vſurpat.*
c) *L. 7. §. 14. D. de Public. in rem act.*
d) *L. 4. D. pro ſuo.*
e) *Exercit. ad Pand. XVI. §. 74. ſeq.*
f) *L. 11. §. 3. D. de Public. in rem act.*

Publicianam actionem impedire contendit, neque CVIACII emendationem agnoſcit, qui[h] verba iſta VLPIANI deprauata, et pro verbis: quo experiar; legendum putat: *quo et pariat;* verum potius ex iis verbis: quo experiar, aliud VLPIANI fragmentum[i] ſupplere conatur, in quo monet ICtus, ne quisquam putet, ſufficere initio traditionis ignoraſſe rem alienam, vti quis poſſit Publiciana experiri: ſed oportere *et tunc*, (addit SCHILTERVS de ſuo: *quum experitur;*) bona fide emptorem eſſe. Sed licet quoque CVIACII correctionem admittere haut velimus, tamen lex allegata mihi non obſtabit, cum ſingularem ſaltem ſpeciem contineat, vbi mater furtiua alicui donata fuit. Fortaſſis enim ideo, quod lucratiuo titulo mater furtiua ad eum peruenit, odio rei furtiuae, et quia lucrum tantum captat donatarius, vlteriorem bonam fidem exigendam putauit ICtus. Vnde hac ex lege exceptio ſaltem deſumi poterit, non regula, quae hac ipſa exceptione confirmatur in reliquis caſibus non exceptis, et a plerisque interpretibus agnoſcitur.[k] Neque etiam interpolatione SCHILTERI in explicando altero, de quo dixi,

fra-

g) *Exerc. ad Pand. XVI. §. 71.*

h) *Comment. ad L. 4. D. de Vſurpat.*

i) *L. 7. §. 17. D. de Public. in rem act.*

k) Conf. STRYCKIVS *in Vſ. Pand. mod. Lib. VI. Tit. II. §. 4.* it. HVBERVS *in Praelect. Iur. ſec. Ord. Inſtit. Lib. II. Tit. VI. §. 6.*

fragmento indigemus, quia ibi ICtum de eo, qui poſtea demum emit, cum ipſi iam antea res ex alia quadam cauſa eſſet tradita, locutum eſſe, ex ipſis eius verbis haut difficulter pateſcit.

§. XVII.

Sed iure canonico et moribus hodiernis paulo aliter rationes ſubducendae erunt. Ea nimirum eſt praeſentium temporum facies, vt, cum ius romanum et canonicum in Germania receperimus, ſuo modo vtriuſque iuris ratio ſit habenda. Nec quiſquam dubitat, nonnunquam ius canonicum etiam ciuili iuri in foris noſtris praeferri. [a] Sic inter alia etiam in praeſcriptionibus anteponimus ius canonicum, quod non ſolum ab initio, ſed per totum vſucapionis tempus bonam fidem deſiderat. Cuius rei hanc adiicit rationem PONTIFEX, [b] quia in ſacris literis omne illud, quod non ex fide eſt, peccatum eſſe dicitur. [c] Proinde hodie nemo actionem Publicianam mouere poterit, niſi tempore inſtituendae actionis adhuc in bona fide ſit. Publiciana enim nititur conditione vſucapiendi, haec autem ſecundum ius canonicum et praxin noſtri fori, vti BOEHMERVS

a) Conf. MENCCENII *Synopſ. Pand. in Prooem.* §. 12. add. BOEHMERI *Ius eccleſ. Lib. I. Tit. II.* § 36. *ſeqq.*
b) *Cap. vlt. X. de Praeſcript.*
c) *in Epiſt. ad Rom. Cap. XIV. v. 23.*

Digitized by Google

RVS[d] quoque teſtatur, cum mala fide, ſiue ab initio adſit, ſiue ſuperueniat, conſiſtere nequit. At, quamuis hoc expeditum videatur, nihilo tamen ſecius quam plurimos diſſentientes inuenio, ex quibus iam LAVTERBACHIVM[e] tantum nominabo, qui ne hodie quidem tempore inſtituendae actionis Publicianae bonam fidem neceſſariam eſſe putat, cum Publiciana ex iure romano ſit, ideòque non ex principiis iuris canonici, ſed ciuilis, quod ſuperuenientem malam fidem non attendit, diiudicari debeat. Sed ſaluam rem eſſe puto. Quatenus enim vtrumque ius in foris noſtris receptum eſt, eatenus velut pro vno iure eſt habendum, et ſicubi pugna eſt, ſollicite videndum, cuiusnam principia hodie maiorem obtinuerint auctoritatem; quo cognito, ea, quae in altero iure contraria exiſtunt, a nobis haut recepta ſunt exiſtimanda. Vnde euenit, vt ſaepius alterum ex altero temperetur et ſuppleatur, ita, vt nonnunquam, quod iam LVCIVS III. monuit,[f] leges ciuiles ſacros canones imitentur, hi autem, ſi res poſtulet, principum conſtitutionibus adiuuentur. Itaque in ea, de qua diſputamus, ſpecie dubio procul ius ciuile limitandum erit ex iure canonico, quod etiam in

 hac

d) Ius eccleſ. Lib. II. Tit. XXVI. §. 51. ſeqq.
e) Colleg. Pract. Lib. VI. Tit. II. §. 9.
f) Cap. I. X. de Oper. nov. nunc.

hac parte noſtris moribus tanto rectius iuri ciuili praefertur, quo magis cum aequitate conuenit, ne is, qui in continua bona fide non eſt, praeſcribere poſſit. Hinc etiam apud nos tempore inſtituendae Publicianae actionis bona fide opus eſt.

§. XVIII.

NEQVE ab hac ſententia me dimouet altera, quam vrget LAVTERBACHIVS[a] obiectio, quaſi ius canonicum ceu ius aliquod correctorium ſtricte interpretandum ſit, ideoque ad praeſcriptionem ipſam quidem, non autem ad Publicianam pertinere debeat, quod ibi de bona fide continua ſancitum eſt. Etenim ipſum iuris correctorii nomen nos admonet, ius aliquod corrigendum antiquius adeſſe, illudque, quod correctorium eſt, recentius eſſe debere. Si autem ius ciuile et ius canonicum tanquam duo in Germania noſtra recepta iura intueamur, (vti in decidenda hac controuerſia conſideranda ſunt,) iuris correctorii conceptus minus commode ad ius canonicum pertinebit. Siue enim cum BOEHMERO[b] ius canonicum et ciuile ſimul in foris Germaniae inualuiſſe contendamus, ſiue communem ſententiam

a) *Colleg. Pract. Lib. VI. Tit. II. §. 8.*
b) *Iur. Eccleſ. Lib. I. Tit II. §. 47. ſeqq.*
c) Vid. CONRINGIVS *de Orig. iur. german. Cap. XXVI.*

tentiam ampleѕtamur, qua ius canonicum ſeculo XIII.[c] ius romanum vero ſeculo XIV. et XV.[d] in noſtra iudicia penetraſſe creditur, tamen ius canonicum non eſt in Germania iure romano recentius, ideoque nec proprie ius correctorium iuris ciuilis romani. Neque huic aduerſum eſt, quod in priori §pho dixi, alterum ius ex altero haut raro temperandum et ſupplendum eſſe; quin potius confirmat ſententiam meam, quia, ſi ius canonicum vere ius correctorium iuris romani eſſet, illud in omnibus alteri iuri praeferri deberet. Ne tamen verba captare videar, concedam etiam liberaliter, ius canonicum eatenus iuris correctorii nomine inſigniri poſſe, quatenus auctoritas eius ciuile ius in patria noſtra vincit. At illud etiam non ſemper verum eſſe puto, quod omne ius correctorium ſtrictiſſimae explicationis eſſe debeat. Quodſi enim manifeſta atque generalis eſt iuris, etiam correctorii, ratio, non intelligi poteſt, quare cortici verborum ſaltem inhaerere et contra apertam legis ſententiam, in qua, CELSO[e] iudice, vis ac poteſtas legis ſita eſt, in aliis, licet non expreſſe nominatis, ſpeciebus, intempeſtiuo quodam iuris, ſiue abrogati, ſiue non recepti, fauore, iudicare debeamus.

§. XIX.

Digitized by Google

§. XIX.

Eqvidem vlterius intercedit lavterbachivs[a] cum bergero[b] et aliis, magnum inter vſucapionem, et Publicianae inſtituendae poteſtatem, deprehendi rationis diſcrimen; ſcilicet vſucapionem eſſe odioſam, cum vero domino rem ſuam auferat; et hinc in fauorem veri domini illud conſtitutum eſſe, vt per totum vſucapionis tempus in bona fide fuerit poſſeſſor; Publicianam vero fauorabiliorem eſſe, cum data ſit aduerſus non dominum, qui nullo aut infirmiori iure tantum poſſidet. Sed hoc vſucapionis odium iura noſtra agnoſcere haut videntur, cum ex ſententia potius caii[c] vſucapio bono publico ſit introducta, ne quarundam rerum diu et fere ſemper incerta dominia eſſent. Et licet quoque vſucapione res vero domino auferatur, haec tamen nulla odii cauſa erit, cum magna domini negligentia ſubſit, cui, vt pergit ICtus,[d] ſuffecit ad inquirendas res ſuas ſtatuti temporis ſpatium. Deinde vel ideo actio Publiciana fauorabilior eſſe non poteſt vſucapione ipſa, quia, vt ſaepius dictum, ſub colore rei iam vſucaptae a Praetore eſt introducta. Nec etiam fauorem huius actionis ſingularem efficiet, quod Pu-

bliciana

a). *Loc. ant. alleg.*
b) *Oecon. Iur. Lib. II. Tit. II. §. 34. n. 13.*
c) *L. 1. D. de Vſurpat.*

Digitized by Google

bliciana tantum contra eum, qui iure infirmiore poſſidet, competat. Illa enim, licet ius veri domini non interuertat, tamen tertio poſſeſſori commodum poſſeſſionis extorquet. At, beati alias dicuntur poſſidentes, et fauor illorum maximus eſt, ita, vt monente IVSTINIANO,[e] etiamſi eius res non ſit, qui poſſidet, ſi modo actor non potuit ſuam eſſe probare, remaneat ſuo loco poſſeſſio. Ex quibus etiam patet, quod exceptio malae fidei, qua poſſeſſor ſe contra eum, qui Publiciana experitur, defendit, non ſit mera exceptio de iure tertii, vti quidem LVDOVICI[f] exiſtimat. Maxime enim ipſius intereſt, vt hac exceptione ſuam defendat poſſeſſionem contra eum, qui ob malam fidem in conditione vſucapiendi non eſt, et ſic Publiciana quoque cum effectu agere nequit.

§. XX.

IAM coronidis loco paucis adhuc videamus, quatenus vaſallo intuitu feudi, cuius poſſeſſionem iterum caſu amiſit, Publiciana competat. In quo diiudicando tres ſpecies ſeparandae ſunt. Prima eſt, ſi tertius quidam feudum poſſideat infirmiori

Digitized by Google

poſſeſſionem feudi ſit nactus. Tertia denique erit, ſi quis a non domino bona fide inueſtitus quidem fuit, ſed poſtea poſſeſſio ad verum rei dominum peruenit. Quod ad primam attinet ſpeciem, omni fere dubio vacat, vaſallum, qui de feudo ab aliquo, cuius dominium probare nequit, inueſtitus eſt, poſſe amiſſa feudi poſſeſſione aduerſus tertium infirmiori iure poſſidentem actione Publiciana experiri, ſi de cetero in bona fide ſit. Licet enim ius ciuile vaſallos ignoret, ideoque Publicianam introducendo, ne cogitare quidem de illis potuerit Praetor, tamen hodie vtiliter applicabitur etiam ad vaſallos Publiciana. Cum enim noſtris adhuc temporibus generatim illi detur haec actio, qui bona fide rem a non domino accepit, ideoque in conditione vſucapiendi eſt, eadem merito ad vaſallum quoque pertinebit, qui bona fide a non domino de feudo inueſtitus et poſſeſſionem nactus eſt. Eadem enim adeſt ratio, ergo et ſecundum extenſiuae interpretationis regulas[a] eadem erit applicatio. Idem tunc quoque dicendum eſt, ſi vnus non dominus diuerſis vaſallis ſucceſſiue feudum tradiderit. Ille enim vaſallus, cui primo feudum eſt traditum, aduerſus poſteriorem vaſallum Publiciana experiri

a) *L. 13. D. de Legibus.*

b) *L. 9. §. 14. D. de Public. in rem act.*

Digitized by Google

experiri poteſt, ideo, quia prior in conditione vſucapiendi verſatur, et poſterior infirmiori iure poſſidet; ſiquidem is, qui ſucceſſu temporis duobus feudum tradidit, in priorem, quantum in ſe fuit, omne ius, quod habere putauit, iam tranſtulit; vnde huic per dolum nouamque translationem feudi in alterum ius ex bonae fidei poſſeſſione quaeſitum auferri non potuit. De qua ſententia tanto minus dubitari poſſe exiſtimo, quanto magis VLPIANVS,[b] IVLIANVM ſequutus, in ſimili ſpecie, qua duo ab eodem non domino emerunt, potiorem eſſe docet, cui priori res fuit tradita.

§. XXI.

FORTASSIS autem paulo magis anceps videbitur altera quaeſtio: num vaſallo competat actio Publiciana aduerſus eum, qui ipſum de feudo inueſtiit? Affirmat eam STRYKIVS,[c] quem HORNIVS,[d] et alii paſſim ſequuntur, hac potiſſimum adducti ratione, quia rei vindicatio itidem vaſallo contra ipſum dominum inueſtientem concederetur, ſi is feudum antea vaſallo traditum iterum ſine iure poſſideat.[e] Illud enim ſibi vltro con-

autoris dominium probare potuiſſem, mihi quoque Publiciana competat, ſi probare nequeam, autorem meum fuiſſe dominum. Deinde vrgent etiam, quod Publiciana detur contra infirmiori iure poſſidentes, et ſic vel ex hac cauſa vaſallo contra inueſtientem concedenda ſit, quia inueſtiens, ſi ſibi feudi adhuc perdurantis poſſeſſionem iterum ſine iuſta cauſa arrogare vellet, procul dubio iniuſtus dominii vtilis poſſeſſor foret. Adiiciunt etiam, vtilem hanc actionem eſſe vaſallo contra inueſtientem, ſi ille literas inueſtiturae vel nondum acceperit, vel acceptas caſu iterum amiſerit, traditionem tamen feudi probare poſſit.

§. XXII.

Qvod tamen rationes iam adductas attinet, prima rem conficere nequit, cum ſupra §. XII. dictum ſit, non ſemper poſſe a rei vindicatione ad Publicianam argumentum valide duci. Attamen cum inueſtiens, qui feudi adhuc perdurantis poſſeſſionem iterum nanciſcitur, ordinarie iniuſtus dominii vtilis poſſeſſor ſit, equidem non omnino negare auſim, in eo caſu, quo feudum ſemel vaſallo fuit traditum, amiſſa poſſeſſione etiam aduerſus ipſum inueſtientem Publiciana agi poſſe. Sed ſingularem huius actionis vtilitatem, quam commendat STRYKIVS,[a] in eo caſu

a) *Loc. cit.*

caſu non animaduerto. Publiciana enim requirit, vt res ſit tradita ex iuſto et ad transferendum dominium habili titulo. Hic autem titulus in praeſenti caſu erit ipſe contractus feudalis. Aut igitur probari poteſt hic contractus, aut minus. Si prius, quid opus eſt Publiciana, et colore vſucaptae rei, cum actione perſonali vaſallus dominum conuenire poſſit ad relinquendam feudi poſſeſſionem, in qua actione ne in controuerſiam quidem venire debet, num etiam poſſeſſionem feudi vaſallus aliquando iam fuerit nactus. Sin vero probari nequeat contractus feudalis, id quod tunc contingere poteſt, ſi literae inueſtiturae, vel nunquam exhibitae, vel iterum amiſſae ſint, teſtes praeterea deficiant, neque iuramentum domino deferre vaſallus velit, ſane nec actio Publiciana locum habebit. Nam in noſtra ſpecie, deficiente contractus feudalis probatione, iuſtus quoque titulus non apparet. Solius autem traditionis probatio ſufficere nequit, cum ex hac ſola qualitas feudalis non doceatur, et ea, ex inhabili ad transferendum aliquod dominium et adquirendam conditionem vſucapiendi cauſa, facta eſſe potuerit.

Digitized by Google

§. XXIII.

parte agentis legitima requiſita adeſſe videantur, cum is bona fide iuſtoque titulo feudum traditum acceperit: tamen non dominus inueſtiens vero domino, quamdiu vſucapio non eſt completa, facto ſuo iniquam conditionem inferre non potuit. Accedit, quod Publiciana ſaltem contra infirmiori iure poſſidentem inſtituatur, ideoque verum dominum tangere nequeat, quem etiam lex ipſa ab hac actione ordinarie eximit.[a] Equidem aliquando contingere poteſt, vt a vero domino rem illam repetere liceat, quam antea non dominus tradidit, veluti, ſi verus rei dominus poſtea heres illius exiſtat, qui aliquem de feudo inueſtiit;[b] quo facto is, vt ſucceſſor in iura et obligationes defuncti huius quoque contractus ſeruare debet. Quorſum etiam pertinet, ſi inueſtituram iſtius non domini ratihabeat. Sed vel me non monente intelligitur, quod tunc ille magis ex prioris non domini, contractu et perſonali actione, quam ex ficta aliqua vaſalli vſucapione, quae Publicianae fundamentum eſt, ad reſtituendam feudi poſſeſſionem obligetur.

a) *L. 17. D. de Public. in rem act.*
b) *L. 72. D. de Rei vindic.*

ORNA-

ORNATISSIMO
RESPONDENTI SVO

S. D. P

PRAESES

Licet modeſtia Tua laudes omnes deprecetur, Clariſſime RACHLIZ, *debeo tamen publicum hocce teſtimonium Tuae diligentiae, qua in noſtra Muſarum ſede per triennium et quod excurrit, cum aliorum, me longe celebriorum Virorum, ſcholas, tum meas etiam Inſtitutionum, Pande-*

Digitized by Google

ex voto publicum ſcientiae ſpecimen edere poſſis. Scriptum ipſum Tuum eſt, quamuis nonnulla paſſim a me adiecta eſſe, haut diffitear. Igitur gloria quoque, quam Te ex eius defenſione deportaturum auguror, ad Te pertinebit. De cetero gratulor Tibi egregios conatus Tuos, Deumque comprecor, vt nihil eorum deeſſe iubeat, quibus inpoſterum ornamento patriae Tuae eſſe, veramque parare felicitatem queas. Vale, ac mihi fauere perge. Vitembergae d. XVI. Iulii

A. R. G. cIↃIↃCCXLIX.

A 41114716 98

Digitized by Google